89-10E

Current Issue Review

ABORTION: CONSTITUTIONAL AND LEGAL DEVELOPMENTS

MOLLIE DUNSMUIR
LAW AND GOVERNMENT DIVISION

29 NOVEMBER 1989

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

90-05355/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1990

Cat. No. YM32-1/89-10E

ISBN 0-660-13552-3

N.B. Any substantive changes in this publication which have been made since the preceding issue are indicated in **bold print.**

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ABORTION: CONSTITUTIONAL AND LEGAL DEVELOPMENTS

ISSUE DEFINITION

Abortion is a subject that has troubled Canadian society for some time. Because it involves deeply held, and widely varying, viewpoints about individual rights, societal responsibilities, and the role of women in society, abortion is a divisive and potentially disruptive issue. A new abortion bill has recently been introduced in Parliament in the hope that compromise legislation will resolve the abortion debate at the federal level, even if it leaves many people personally dissatisfied.

BACKGROUND AND ANALYSIS

A. Jurisdiction over Health Issues

There has been considerable debate over the limits of federal responsibility for and jurisdiction over abortion. Because abortion requires a medical procedure, it is a health issue. To the extent that it is desirable to prohibit abortions, or establish the conditions under which they cannot be performed, the jurisdiction will lie with the federal government, because prohibition of an action for health or moral reasons is constitutionally associated with criminalization. To the extent that it is desirable to regulate abortions, or the conditions under which they can be performed, the jurisdiction will lie with the government that has the right or duty to regulate such health issues.

The Constitution Act, 1867 does not specifically assign "health" issues to one or the other level of government. Federal control

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

over health is most often exercised as part of the specific federal power over "criminal law ... including the procedure in criminal matters" (section 91(27)). The Narcotics Control Act and the criminal penalties in the Food and Drugs Act are examples of the federal power to criminalize and punish conduct dangerous to health or to society.

Other aspects of federal jurisdiction may also apply to health-related issues, although the boundaries are generally less clear than in the case of the criminal law. If a national emergency arose, such as an epidemic, the peace, order and good government power might well allow federal action. A serious problem that attained a national dimension, such as air pollution, might similarly give the federal government the authority to enact health-related legislation. As well, the federal government can regulate health matters in areas already under its specific jurisdiction, such as penitentiaries or the military.

Finally, there is the "federal spending power." This is the term normally used when a national social program is formally underwritten by the federal government, notwithstanding that the object of the program is within provincial jurisdiction. To the extent that the federal government has the funds available, it can influence provincial priorities and set national standards by offering federal funding for programs which are within provincial jurisdiction.

The Canada Health Act is one of the best-known examples of use of the spending power. In return for compliance with certain broad principles with respect to health care, the federal government makes per capita payments to the provinces. This does not, however, give the federal government the right to regulate provincial health care directly. There is considerable debate as to how far the federal government could go in enforcing national standards, or in imposing stricter conditions, before it would interfere with provincial jurisdiction.

Provincial jurisdiction over health issues is more straightforward. The establishment, maintenance and management of hospitals is specifically placed under provincial authority by section 92(7) of the Constitution Act, 1867. The courts have given the provinces extensive jurisdiction over public health as a local and private matter under

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

section 92(16). The regulation of the health professions, like that of other professions, comes within the provincial power over property and civil rights within the province, or section 92(13). Given this, the Federal Court of Appeal in 1983 found that "the general subject of the performing of abortions is also a provincial matter subject to any prohibitions of the criminal law."

B. History

Throughout history, attitudes towards abortion have been influenced by religious beliefs, social mores, and attitudes towards women and the family. Recently, they have increasingly been affected by technological advances as well, including both simpler and safer abortion techniques and improved techniques for understanding fetal development.

Historically, our abortion law is modelled on the English approach. Until the nineteenth century, abortion was a common-law offence and was criminal only if it occurred after "quickening." This was consistent with classical approaches and probably had the additional virtue of minimizing the evidentiary problems in proving pregnancy. The actual time of quickening or being "quick with child," has always been an arbitrary one, but it is usually taken to be when the mother herself feels or thinks she feels movement (this can vary from the sixteenth to the twentieth week) or when somebody examining her can feel or see some movement.

The law on criminal abortion was first codified in England in 1803, when the abortion of a quick fetus became a capital offence, while abortions performed prior to quickening incurred lesser penalties. In 1837, the distinction as to quickening was dropped, together with the death penalty. In 1861, the still current Offences Against the Person Act was passed, making clear for the first time that a women procuring her own abortion was also guilty of a crime.

The first Canadian criminal law on abortion was passed in 1869. It incorporated pre-Confederation provincial statutes, and provided for a penalty of life imprisonment for the person procuring the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

miscarriage. While such statutes reflected societal and religious objectives of protecting the fetus, they were also influenced by concerns about the mother's health. Nineteenth century abortions were medically dangerous and, in a less regulated society with little concept of health care programs, often performed by non-physicians.

Because the 1861 British Act prohibiting abortion made no provisions for the mother's life or health, it was increasingly challenged by the medical and legal communities. In 1938, the British Medical Association set up a special committee to consider the medical aspects of abortion. It recommended that the law be revised to allow for some therapeutic abortions.

Also in 1938, a British doctor, Dr. Aleck Bourne, reported to the authorities that he had, with the consent of her parents and for no fee, terminated the pregnancy of a 14 year-old girl violently raped by four soldiers. A test case ensued. In the Bourne case, in his instructions to the jury, Mr. Justice Macnaghten said that an abortion could be performed in good faith to protect the life and health of the mother, and that no clear distinction could be made between a threat to life and a threat to health. The Bourne defence was subsequently adopted by most common-law jurisdictions, and would probably have been applicable in Canada prior to the 1969 abortion law.

As abortion gradually became decriminalized, in the 1960s and after, the first legal regimes dealt with indicators, the presence of which would permit an abortion. This approach has been described as "indication-regulation." Generally, the indicators for abortion broke down into five categories: danger to life; danger to health (physical or mental); eugenic (fetal distress); criminological or juridical (rape and incest); and socio-economic. Various countries decided that various indicators were sufficient for a legal abortion, but the continuum of indicators is usually taken to be somewhat as follows:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- no indicator acceptable (abortion totally prohibited)
- threat to the life of the woman
- threat to the physical health of the woman
- rape or incest
- fetal deformity
- threat to the mental or psychological health of the woman
- social or economic hardship
- no indicator necessary (abortion on request)

In 1973, the Supreme Court of the United States delivered its judgment in Roe v. Wade. The Court held that, while the fetus was not a "person" entitled to independent constitutional protection, the state did have an interest in protecting potential life. It said that during the first trimester, when abortion is less hazardous to a woman's health than carrying a child to term, the state could only require that a licensed physician perform the medical procedure. During the second trimester, the state had a compelling interest in protecting the mother's health, and could regulate her access to abortion procedures in her own interest. (It is this concept of the right of the state to protect maternal health that has generated some of the fiercest legal battles in the past decade or two in the United States.) During the third trimester, the Court ruled that the interest of the state in preserving the fetus became compelling. This argument is largely based on the premise that at this point the fetus becomes viable, but the logic has not gone unchallenged by either the pro-choice or the anti-abortion movement.

Approaches to abortion law were greatly influenced by the thalidomide tragedy of the 1960s, and most modern abortion law is based on indication-regulation, time-regulation (as approved in Roe v. Wade), or a combination of the two. Where time-regulation is concerned, the importance of the state concern in protecting the fetus normally increases dramatically as the chance of independent existence for the fetus increases. Viability, however, is a concern only when considering the balance between the interest of the state in protecting the fetus and the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

rights of the mother. Neither the pro-life nor the pro-choice movement considers viability to be an issue in terms of protecting independent fetal rights.

Viability, in any case, is a medical and not a legal concept. The British courts recently dealt with this issue in C. v. S., a case in which the putative father attempted to stop his female companion, who was 18-21 weeks pregnant, from having an abortion. British law prohibits the destruction of "the life of a child capable of being born alive," and the Court of Appeal found as follows:

> At the [18th to 21st week] the cardiac muscle is contracting and primitive circulation is developing. Thus the fetus could be said to demonstrate real and discernible signs of life. On the other hand, the fetus, even if it is then delivered by hysterotomy, would be incapable of breathing either naturally or with the aid of a ventilator. It is not a case of fetus requiring a stimulus or assistance. It cannot and will never be able to breathe.

The Canadian Medical Association defines an induced abortion as the active termination of a pregnancy before fetal viability: "According to current medical knowledge, viability is dependent on fetal weight, degree of development and length of gestation; extrauterine viability may be possible if the fetus weighs over 500 [grams] or is past 20 weeks gestation, or both."

C. The 1969 Law

In 1969, Parliament amended the Criminal Code in a number of important respects, including specifying in section 287 (then section 237) when an abortion could be legally performed. The existing section, which made it an offence to procure the miscarriage of a pregnant female, was retained, but a number of new subsections were added. The most important, subsection (4), stated that the criminal sanctions against abortion would not apply to a doctor performing an abortion or a female obtaining one if the abortion had been previously approved by the therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital, and was also carried out

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

in an accredited or approved hospital. A therapeutic abortion committee had to comprise at least three doctors, none of whom could at the same time perform abortions.

The therapeutic abortion committee was required to certify in writing that, in the opinion of a majority of its members, the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of the female. No further definition of "health" was given, and there was even some uncertainty as to whether or not the word included mental or psychological health. Instead of defining the circumstances in which an abortion was permissible, Parliament stated that abortion was legal if a therapeutic abortion committee said it was legal.

In short, in 1969 Parliament replaced judicial control after the fact with medical control before the fact. Given Bourne, an abortion performed to save the life of the mother or to prevent a serious threat to her health would probably have been defensible before 1969. Indeed, the decision of the Supreme Court in the first Morgentaler case in 1975 seemed to suggest as much. The Court held that Dr. Morgentaler could not use the Bourne, or necessity, defence because the existence of therapeutic abortion committees meant that only in the most exceptional circumstances would it be necessary to breach the Criminal Code to protect the mother. Having such committees, which could give prior approval for abortions, meant that doctors who performed abortions need not run the risk of a criminal charge; however, it also meant that they could not substitute their own judgment for that of the committee, except in cases of emergency.

As the law came into effect, it became evident that the interpretation of the words "would or would be likely to endanger [the] life or health" of a pregnant female varied widely across the country. Additionally, the uneven distribution of hospitals with therapeutic abortion committees gave rise to concerns as to whether legal abortions were equally available to women in various parts of the country. Even if four separate doctors could be found who felt that a female's health was endangered, a legal abortion could not be performed in the absence of a therapeutic abortion committee appointed by an accredited or approved hospital.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Consequently, in 1975 a Committee on the Operation of the Abortion Law was appointed "to conduct a study to determine whether the procedure provided in the Criminal Code for obtaining therapeutic abortions [was] operating equitably across Canada" and to make recommendations "on the operation of this law rather than recommendations on the underlying policy."

D. The Badgley Committee

The Committee, known as the Badgley Committee after its Chair, reported in January 1977. It found, quite simply, that "the procedures set out for the operation of Abortion Law are not working equitably across Canada." In large part, this was because the intent of the law was neither clear nor agreed upon, although the procedures set out in the law were specific. The debate over abortion had not been resolved but had, to some extent, been shifted from the criminal law to local communities and the medical profession.

The procedure for obtaining a legal abortion under the 1969 law depended entirely upon access to a therapeutic abortion committee at an accredited or approved hospital. In turn, access to a therapeutic abortion committee depended upon the distribution of eligible hospitals, the location of hospitals with therapeutic abortion committees, the use of residency and patient quota requirements, and the distribution of obstetrician-gynaecologists within and among provinces. Sharp regional disparities in all of these factors meant the Criminal Code procedure for obtaining a legal therapeutic abortion was in practice illusory for many Canadian women.

The Committee found that there was much concern among physicians about the definition of health, and little uniformity as to how the concept was interpreted. The definition of the World Health Organization was recognized by the Government of Canada, several provincial governments and the Canadian Medical Association. It stated: "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity." The Committee concluded that, in the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

absence of other formally endorsed statements, this definition could be "considered one basis for the interpretation of the word 'health' in the Abortion Law."

There was also considerable variance across the country in the way the issue of "consent" was handled. The age at which a young, unmarried female is deemed capable of giving consent to medical care and treatment is within provincial jurisdiction, and the Committee found that uncertainties in provincial laws had been allowed to affect the hospitals' consent requirements for carrying out abortions. In provinces where the age of consent to other medical procedures was lower than the age of majority, for example, a substantial number of hospitals required a woman to have reached the age of majority in order to consent to having an abortion. The Committee also noted that although there was no known legal requirement for the consent of the father to a therapeutic abortion, more than two-thirds of the hospitals it surveyed which carried out abortions required the consent of the husband.

The issue of consent is an interesting example of the constitutional problem with respect to abortions. The federal government, using the criminal law power, had legislated that abortions approved by a therapeutic abortion committee would not be subject to the Criminal Code prohibition against abortions. Prior approval by such a committee would be an absolute defence to any criminal charge. The standard set was danger to the mother's life or health.

If a therapeutic abortion committee, having formed the opinion that the life or health of the female was or was likely to be endangered by the pregnancy, further required that the parents of an unmarried minor or the husband of the woman should consent to the procedure, it would be denying a woman access to a legal abortion for reasons unrelated to the Criminal Code. The constitutional issue is not so much that abortions were unevenly available across the country, but that there was unequal access to a criminal defence. This inequality in the application of the criminal law, moreover, was brought about to some extent by differences in provincial health regulation standards.

The Badgley Committee also inquired whether hospital employees were required to participate in therapeutic abortion procedures

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

regardless of their personal views. It found that this was normally dealt with as an employer-employee issue, rather than as an issue of conscience. The general policy of hospitals was that, within designated job categories, employees were expected to accept the general duties assigned to them. In particular, "according to widespread custom and the prevailing policies of hospitals, it was not considered to be a nurse's prerogative to 'pick and choose' patients with whom she or he [would] work." The Committee concluded that some hospital employment procedures relating to the abortion procedure might not be in compliance with provincial human rights codes prohibiting discrimination on the grounds of creed.

The Committee underlined that "the options are few concerning induced abortion ... The critical social choices are between two sensitive issues, induced abortion and family planning." In the Committee's opinion, effective family planning practices could sharply reduce the chances of unwanted conception and, hence, the number of abortions.

E. The Charter of Rights and Freedoms and the Morgentaler Decision

In 1982, the Charter of Rights and Freedoms came into effect, and in 1983 Dr. Henry Morgentaler (together with two other doctors) was charged with unlawfully procuring miscarriages in his Toronto clinic. By the time the case reached the Supreme Court in 1986, the numerous legal issues had been effectively reduced to whether the abortion provisions of the Criminal Code infringed in an unjustified way a woman's right to "life, liberty and security of the person" guaranteed by section 7 of the Charter.

The relevant sections of the Charter read:

> Section 7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with fundamental justice.
>
> Section 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

When a court decides that legislation violates a Charter right, such as the right to security of the person, it then looks to section 1 to see whether the violation is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. This involves two steps: first, the court addresses the issue of whether the legislative purpose or objective is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; second, the court assesses whether the means employed are proportional to the objective and whether they are reasonable.

The Morgentaler decision is difficult to summarize because the majority wrote three different decisions. All, however, agreed that:

- section 287 (then 251) of the Criminal Code infringed a woman's right to security of the person;
- the process by which a woman was deprived of that right was not in accord with fundamental justice;
- the state interest in protecting the fetus was sufficiently important to justify limiting individual Charter rights at some point; and
- the right to security of the person of a pregnant woman was infringed more than was required to achieve the objective of protecting the fetus, and the means were not reasonable.

At the risk of oversimplifying, the Court found that the legislation interfered with the security of the person of a woman in limiting, by criminal law, her effective and timely access to medical services when her life or health was endangered. This criminalization was not in accordance with fundamental justice. For all the reasons noted by the Badgley Committee and testified to by numerous experts, access to the certificate of a therapeutic abortion committee, which provided a valid defence to criminal charges, was not equally available across the country. In addition, the procedure set out in the Criminal Code could cause extensive delays, which further endangered the woman's life or health, and it was fundamentally unjust to require a woman to impair her health in order to remain within the law.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A point worth noting is that the decision was founded upon the rights of pregnant women, although the defendants were all physicians. This was because the Court held that the physicians had standing to challenge the constitutionality of the abortion law, under which they were liable for conviction, whether or not the constitutional argument advanced directly affected them. If procuring a miscarriage had been an offence only for the doctor, and not for the woman involved, the Morgentaler decision might have been worded quite differently.

The three majority decisions were written by Chief Justice Dickson, Mr. Justice Beetz, and Madam Justice Wilson. Though the decisions came to the same conclusion, their logic differed noticeably. The Chief Justice found that the abortion law infringed women's security of the person by forcing them "to carry a foetus to term contrary to their own priorities and aspirations," as well as causing delays which increased the physical and psychological trauma involved. Since the therapeutic abortion committees were "a strange hybrid, part medical committee and part legal committee," it was no help to say that "health" was a medical term. He felt that the term "health" was insufficiently defined in the Criminal Code. A clear legal standard was necessary when the committee's decision had such direct legal consequences.

Beetz J. held that Parliament had recognized, in adopting the 1969 abortion law, that the interest in the life or health of the pregnant woman took precedence over the interest in preventing abortions. The standard in the 1969 abortion law became entrenched as a minimum when section 7 of the Charter was enacted:

> The gist of section 251(4) is, as I have said, that the objective of protecting the foetus is not of sufficient importance to defeat the interest in protecting pregnant women from pregnancies which represent a danger to life or health.

Beetz J. found the expression "would or would be likely to endanger her life or health" sufficiently precise, as a matter of law. He also held, as did Wilson J., that "the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the fetus," whereas the Chief

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Justice had identified the objective as balancing fetal interests with those of pregnant women.

Wilson J. agreed that the 1969 abortion law exposed pregnant women to a threat to their physical and psychological security. She noted, however, that security of the person might involve more than physical or psychological security, and she based her judgment as much on the right to liberty as the right to security of the person. "Liberty in a free and democratic society," she found, "does not require the state to approve the personal decisions made by its citizens; it does, however, require the state to respect them."

According to Wilson J., the right to liberty contained in section 7 "guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives," including the decision to terminate a pregnancy. It should be noted, however, that the state is required only to respect such decisions, or to refrain from interfering with them, not to approve or facilitate them.

Wilson J. also found that the 1969 abortion law was not in accordance with the principles of fundamental justice, but her reasoning differed from that of the rest of the majority. She held that deciding whether or not to terminate a pregnancy was "essentially a moral decision, a matter of conscience." To criminalize such a decision was, she decided, a violation of freedom of conscience, which is protected by section 2(a) of the Charter. Therefore, it could not be in accordance with fundamental justice.

Wilson J. agreed, however, that legislation putting reasonable limits on a pregnant woman's rights under sections 7 or 2(a) could be justified under section 1 of the Charter for the objective of protecting the fetus. While recognizing that a fetus is potential life from the moment of conception, she felt that "in balancing the state's interest in the protection of the fetus as potential life under s. 1 of the Charter against the right of the pregnant woman under s. 7, greater weight should be given to the state's interest in the later stages of pregnancy than in the earlier." As an example of the shifting balance between the interest of the state in the fetus and the interest of the pregnant female

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

as the pregnancy advanced, she noted that a spontaneous abortion or miscarriage at six months causes "far greater sorrow and sense of loss" than does one at six days or six weeks.

Beetz J. did not find it necessary to decide whether the 1969 abortion law violated a pregnant woman's right to liberty, as well as her right to security of the person. "Assuming without deciding that a right of access to abortion can be founded upon the right to 'liberty'," he found that there would still be a point in time at which "the state interest in the foetus would become compelling."

All of the majority decisions specifically noted that the Court had not been asked to decide whether a fetus is included in the word "everyone" in section 7 of the Charter and would therefore have an independent right to "life, liberty and security of the person."

F. Protecting the Fetus: Borowski and Daigle

The question of possible fetal rights under the Charter was addressed in Borowski v. Attorney General of Canada. Mr. Borowski argued that section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms gives a fetus an independent right to life because the word "everyone" includes the fetus, and that the 1969 abortion law therefore violated fetal rights by allowing legal abortions. Independent fetal rights are very different as a legal concept from the societal right to protect the fetus recognized in Morgentaler.

In the Borowski case, the Saskatchewan Court of Appeal examined the history of the fetus at common law, and the language of the Charter. Concluding that the fetus had never been a person or part of "everyone" at Anglo-Canadian law, the Court decided that, had Parliament wished to effect such a major departure from tradition as creating fetal rights, it would have used very clear and unambiguous language. The decision was appealed to the Supreme Court but was not heard until October 1988, after the Morgentaler decision had already invalidated the relevant section of the Criminal Code. The question raised by Mr. Borowski as to the constitutionality of that section was therefore moot.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

During the summer of 1989, several men in Ontario, Manitoba and Quebec took their former female companions to court, asking for an injunction against a planned abortion. In Ontario and Manitoba, the women involved were able to obtain abortions, but in Quebec three of the five judges in the Court of Appeal upheld an injunction against Ms. Chantal Daigle. The Court wrote five different decisions, and the majority relied on both the Civil Code and the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms.

In an unusual summer hearing, the full bench of the Supreme Court of Canada heard the appeal on 8 August 1989 and unanimously set aside the injunction. The reasons were delivered on 16 November 1989. The Court noted that there were three separate arguments for setting aside the injunction:

- the substantive rights alleged to support the injunction, whether fetal rights or "father's" rights, either do not exist or cannot outweigh a woman's right to control her own body;
- an injunction is an inappropriate remedy where abortions are concerned for technical, practical and constitutional reasons; and
- in the case of Ms. Daigle, the injunction effectively amounted to a prohibition, or an improper exercise of the federal criminal law power.

The Court decided the case on the first argument, both because the issue of substantive rights was the fundamental one and because deciding the case on either of the narrower grounds would have "left it unclear whether another woman in the position of Ms. Daigle could be placed in a similar predicament through the use of a different legal procedure." The Court also held, however, that all three arguments appeared to deserve serious consideration, and this could have implications for future abortion decisions.

The Court found that a fetus is not a person or a "human being" under the Quebec Charter. The Civil Code does not generally recognize that a fetus is a juridical person, although it is sometimes treated similarly to a person where necessary to protect its interests after birth or to conserve property which will accrue to it after birth.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Therefore, had the Quebec legislature wished to grant fetuses the right to life, it would not have used language so uncertain or vague.

Anglo-Canadian law is not determinative in interpreting the Quebec Charter, but the Court also looked at how fetal rights had been dealt with in Anglo-Canadian law in part "to avoid the repetition of the appellant's experience in the common law provinces." Common-law courts have consistently reached the conclusion that, to enjoy rights, a fetus must be born alive. The Court cited a 1988 English case, In re F. (in utero), which held that a fetus did not have, at any stage of its development, a separate existence from its mother, and therefore could not be subject to a wardship order.

The Court dealt very briefly with the issue of "father's rights," noting that no court in Quebec or elsewhere has ever accepted the argument that "a father's interest in a fetus which he helped create could support a right to veto a woman's personal decisions in respect of the fetus she is carrying."

Again, the Court declined to decide whether a fetus is included within the term "everyone" as used in section 7 of the Canadian Charter, and therefore has a right to "life, liberty and security of the person." Tremblay v. Daigle was a civil suit between two private parties, and the Charter applies only to state actions; however, the Court did find that neither the Civil Code nor the common law afforded the juridical rights to the fetus, and therefore the Quebec legislature would likely have used clear language had it intended to effect such a fundamental change in the status of the fetus. It is difficult to see how the same logic would not apply to the interpretation of "everyone" in the Canadian Charter.

Almost as interesting as what the Court did decide was its phrasing of the issues it was not deciding. The Court refrained from taking a position on whether an injunction could ever be an appropriate remedy when an abortion was at issue, and on whether provincial legislation could result in a prohibition of some abortions without being an unconstitutional exercise of the federal criminal law power.

In addition, the Court concluded its analysis of the substantive rights issue as follows:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> It should be noted that because of the way we have decided the question of "foetal rights," it was unnecessary to consider the second aspect of the "substantive rights" argument, i.e., the claim that even if foetal rights do exist, they could not justify compelling a woman to carry a foetus to term.

The argument referred to was based on "the long-standing legal principle that a person may not be compelled to use his or her body at the service of another person, even if the other person's life is in danger." This seems to be a separate argument from a pregnant woman's right to security of the person under the Charter, and it is one that could play a role in future decisions.

G. Provincial Jurisdiction over Abortion

Following the Morgentaler decision in early 1988, some provinces attempted to limit funding for abortions. In March 1988, the British Columbia Cabinet enacted a regulation under the Medical Service Act, making abortions an uninsured service unless performed in a hospital when a significant threat existed to the pregnant woman's life.

The British Columbia Civil Liberties Association challenged the regulation, and it was declared invalid by the British Columbia Supreme Court on a somewhat technical ground. The Cabinet had declared that abortion services, other than when a significant threat existed to the pregnant woman's life, were not medically required services and were therefore not insured. The Chief Justice of the Supreme Court took "judicial notice of the fact that, if there is to be a lawful abortion, such a procedure requires medical services." Therefore,

> the legislature did not authorize the Cabinet by regulation to provide that services rendered by a medical practitioner that are medically required are to be considered as services that are not medically required.

The Court suggested that it might well have been open to Cabinet to declare that abortion was not an insured service despite the fact that it was a medically necessary one. This, however, could have

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

brought British Columbia into conflict with the language of the Canada Health Act, which would have created a separate set of problems.

In June 1989, the Nova Scotia legislature passed the Act to Restrict Privatization of Medical Services (called the Medical Services Act), which proposed a range of medical procedures, to be set by regulation, that could be performed only in hospitals. The stated purpose of the Act was "to prohibit the privatization of the provision of certain medical services in order to maintain a single high-quality health-care delivery system for all Nova Scotians." One of the procedures restricted to hospitals under the subsequent regulations was abortion. As well as stating that medical services performed contrary to the Act were not reimbursable by the provincial health program, the Act provided for a fine of from $10,000 to $50,000 to be levied against persons contravening the Act.

Although the Nova Scotia Medical Services Act regulations covered other procedures as well as abortion, it was widely considered that the timing of the legislation was influenced by Dr. Morgentaler's public announcements that he intended to establish an abortion clinic in Halifax. The Canadian Abortion Rights Action League (CARAL) tried to challenge the legislation as being beyond provincial jurisdiction, as well as violating sections 7, 15 (equality rights), and 28 (sexual equality) of the Charter. On 13 October 1989, the Nova Scotia Trial Division found that CARAL did not have sufficient standing to bring an action.

On 26 October 1989, Dr. Morgentaler announced at a press conference that he had performed seven abortions at his Halifax clinic that day. On 27 October 1989, an information was sworn charging Dr. Morgentaler with seven counts of performing unlawful abortions contrary to the Medical Services Act. Dr. Morgentaler announced his intention of continuing to perform abortions. The province applied for an injunction restraining Dr. Morgentaler from further violations of the Medical Services Act.

On 6 November 1989, the injunction was granted. Mr. Justice Richard of the Supreme Court Trial Division looked closely at the argument that the provincial legislation violated the principles laid down by the Supreme Court in Morgentaler:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> [O]ne must not lose sight of the fact that Morgentaler 1988 was a constitutional challenge of a section of the Criminal Code. The present application concerns a provincial statute purportedly regulating the manner in which certain medical services can be administered within the province. There was no question raised as to the constitutional competence of the legislature of Nova Scotia to regulate matters respecting the delivery of health care services...
>
> Given all of the above considerations, I am left with a review of legislation which is proper on its face and which is within the competence of the legislature to enact. Whether it is constitutional is, as previously stated, a question for another forum.

Richard J. granted the injunction on the grounds that, on the evidence, there was no evidence that a private abortion clinic was essential to the health and well-being of at least some of the citizens of the province, or a compelling need that was not otherwise being filled. The overwhelming public interest, therefore, was to see that provincial laws were not flouted.

PARLIAMENTARY ACTION

A. Government Action

During the 33rd Parliament, the government had tabled a motion for debate and a vote in the House of Commons so as to seek the guidance of Parliament on framing the new law. Under the terms of this motion, an abortion would have been lawful during the earlier stages of pregnancy, if in the opinion of a licensed physician the continuation of the pregnancy would or would have been likely to threaten the woman's physical or mental well-being; during the subsequent stages of pregnancy, an abortion would have been lawful only if certain further conditions were satisfied, including the finding of two physicians that the continuation of the pregnancy would or would have been likely to endanger the woman's life or seriously endanger her health. What constitutes the "earlier" and "subsequent" stages of the pregnancy was not defined under the proposal,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

nor were the "further conditions" under which an abortion could lawfully have been procured during the subsequent stages of the pregnancy.

Debate on the government abortion motion began in the House of Commons on 26 July and ended with a free vote on 28 July 1988. By then, 21 amending proposals had been submitted by individual members, only five of which were retained for a vote by the Speaker. None of the proposals, including that of the government, was adopted.

Of the six proposals considered by the House, the one that received the most votes contained the most restrictive policy on abortion. This proposal would have permitted abortion only if two or more independent licensed physicians had in good faith and on reasonable grounds stated that in their opinion the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the woman's life. This amendment was defeated by a vote of 118 to 105. Significantly, no women members voted in favour of this proposal.

Next in line in terms of support was the government's motion. It was defeated by a vote of 147 to 76.

Very little support was expressed for the remaining proposals. The least favoured of all was a slightly more restrictive version of the government's motion. This proposal would have permitted abortions during the "first trimester" of pregnancy if in the physician's opinion the continuation of the pregnancy would or would be likely to threaten the woman's physical or mental well-being. Beyond this point, abortions would have been lawful only if two physicians had in good faith and on reasonable grounds stated that in their opinion the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the woman's life or seriously and substantially endanger her health and there was no other commonly-accepted medical procedure for effectively treating the health risk. Only 17 members voted for this option, in contrast to the 202 who voted against it.

The most permissive proposal on abortion did not fare much better. It would simply have required that abortions, to be lawful, be performed by a qualified medical practitioner. Only 20 members voted for this option, whereas 198 voted it down.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A further proposal would have permitted an abortion during the early stages (unspecified) of the pregnancy, provided only that the woman, in consultation with her physician, decided that the pregnancy should be terminated. During the subsequent stages of the pregnancy, an abortion would be lawful only under certain conditions, including, after a certain point in time, the opinion of a single physician that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the woman's life or seriously endanger her mental and physical health. This proposal, the first to be voted on, was rejected by a vote of 191 to 29.

The sixth proposal was rejected without a recorded vote. This proposal was identical to the government motion in all material respects except that for the indeterminate term of "during the earlier stages of pregnancy" stipulated in the government motion, the proposal would have prescribed a fixed term of "up to and including the 18th week of pregnancy."

In the wake of the inconclusive vote on abortion in the House of Commons, the government stated that it would assess its options, but it left open the question of when it might introduce a new abortion law.

On 3 November 1989, the Minister of Justice introduced in the House of Commons Bill C-43, An Act respecting abortion. This bill is described in Legislative Summary LS-44E.

CHRONOLOGY

27 June 1969 - Bill C-150 (the existing abortion law) received Royal Assent after its adoption by the House of Commons on 14 May 1969 and by the Senate on 12 June 1969.

9 February 1977 - The Badgley Committee tabled its report, which concluded that the abortion law was not being applied equitably across Canada.

17 April 1982 - The Constitution Act, 1982 received Royal Assent.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

30 April 1987 - In the case of Borowski v. Attorney General of Canada, the Saskatchewan Court of Appeal ruled that the fetus is not covered under sections 7 and 15 of the Charter.

28 January 1988 - The Supreme Court of Canada, in a 5 to 2 majority judgment, ruled in the Morgentaler case that section 287 (then section 251) of the Criminal Code contravened the rights of pregnant women under the Charter and was therefore of no force or effect.

28 July 1988 - After a two-day debate, the House of Commons voted down six proposals on abortion, including the government motion.

9 March 1989 - The Supreme Court of Canada rendered its judgment in Borowski v. Attorney General of Canada, finding unanimously that there was no longer an issue on which to rule as the previous abortion law had been found unconstitutional in Morgentaler.

26 July 1989 - In a 3-2 decision, the Quebec Court of Appeal upheld an injunction preventing Ms. Chantal Daigle from obtaining an abortion. The decision relied heavily on Quebec's Civil Code.

8 August 1989 - The full bench of the Supreme Court heard the Daigle appeal. Although informed by Ms. Daigle's lawyer that his client had already had an abortion, the Court continued to hear the arguments. It delivered a unanimous decision that the injunction be set aside, with reasons to follow.

3 November 1989 - The Minister of Justice introduced into the House of Commons Bill C-43, An Act respecting abortion.

16 November 1989 - The Supreme Court of Canada delivered its reasons in Tremblay v. Daigle. The Court found that neither civil law nor common law recognizes the fetus as a "juridical person"; therefore, it cannot be presumed that the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms confers legal personhood upon the fetus.

28 November 1989 - Bill C-43 passed second reading and was referred to a legislative committee.

SELECTED REFERENCES

Canada. Committee on the Operation of the Abortion Law. Report. 1977.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. Abortion Laws in Commonwealth Countries. World Health Organization, Geneva, Albany, N.Y., 1979.

Law Reform Commission of Canada. Crimes Against the Foetus. Ottawa, 1989.

Library of Parliament, Information and Technical Services Branch. Abortion in Canada 1969-1989, Selected References 277. 1989.

Morton, Mildred. The Morgentaler Judgment: How the Decisions Differ. Library of Parliament, Research Branch, Ottawa, 1988.

Sachdev, Paul, ed. Abortion: Readings and Research. Butterworths, Toronto, 1981.

Sachdev, Paul, ed. International Handbook on Abortion. Greenwood Press, New York, 1988.

Statistics Canada, Health and Welfare Division, Public Health Section. Therapeutic Abortions. Ottawa, 1973-1988.

Tietze, Christopher and Stanley K. Henshaw. Induced Abortion: A World Review. 6th edition, Alan Guttmacher Institute, New York, N.Y., 1986.

CASES

Attorney General of Nova Scotia v. Morgentaler, N.S.S.C., 6 November 1989 (Richard J.), unreported.

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, affirming on other grounds (1987), 33 C.C.C. 3d (402).

B.C. Civil Liberties Assn. v. B.C.(A.G.) (1988), 24 B.C.L.R. 189 (B.C.S.C.).

C.A.R.A.L. v. N.S.(A.G.), N.S.S.C., 13 October 1989 (Nunn J.), unreported.

C. v. S., [1987] 1 All E.R. 1230.

Carruthers v. Therapeutic Abortion Committee of Lions Gate Hospital, (1983), 6 D.L.R. (4th) 57 (F.C.A.)

Medhurst v. Medhurst (1984), 9 D.L.R. (4th) 252 (Ont.H.C.).

Morgentaler v. A.G. New Brunswick (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 67 (N.B.Q.B.).

Morgentaler v. The Queen, [1976] S.C.R. 616.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees, [1979] Q.B. 276.

R. v. Bourne, [1939] 3 All E.R. 615.

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30.

R. v. Sullivan and Lemay (1988), 43 C.C.C. (3d) 65.

Re "Baby R" (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 237 (B.C.S.C.).

Re F (in utero), [1988] 2 W.L.R. 1288.

Tremblay v. Daigle, S.C.C., 8 August 1989 (reasons delivered 16 November 1989), unreported.

Bulletin d'actualité

89-10F

L'AVORTEMENT: DÉVELOPPEMENTS CONSTITUTIONNELS ET JURIDIQUES

MOLLIE DUNSMUIR
DIVISION DU DROIT ET DU GOUVERNEMENT

Le 29 novembre 1989

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1990

N° de cat. YM32-1/89-10F

ISBN 0-660-92928-7

N.B. Dans ce document, tout changement d'importance fait depuis la dernière publication est indiqué en **caractère gras.**

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

AVORTEMENT: DÉVELOPPEMENTS CONSTITUTIONNELS ET JURIDIQUES

DÉFINITION DU SUJET

L'avortement est un sujet qui préoccupe la société canadienne depuis un certain temps. Parce qu'il met en jeu des convictions profondes et très diverses sur les droits individuels, les responsabilités sociales et le rôle des femmes dans la société, l'avortement peut être source de divisions et de dissensions. Le projet de loi sur l'avortement déposé récemment au Parlement constitue un compromis visant à mettre un terme au débat sur l'avortement au palier fédéral, même s'il laisse de nombreuses personnes insatisfaites.

CONTEXTE ET ANALYSE

A. La compétence en matière de santé

Il y a une controverse assez importante sur les limites de la compétence fédérale en matière d'avortement. Parce que l'avortement exige une intervention médicale, c'est une question de santé. Dans la mesure où il est souhaitable d'interdire l'avortement ou de fixer les circonstances dans lesquelles il ne peut être pratiqué, c'est le gouvernement fédéral qui a compétence, car l'interdiction d'un acte pour des motifs de santé ou de moralité est constitutionnellement associée à la criminalisation. Dans la mesure où il est souhaitable de réglementer l'avortement, ou les circonstances dans lesquelles il peut être pratiqué, c'est le gouvernement qui a le droit ou le devoir de réglementer ces questions de santé qui a compétence.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Loi constitutionnelle de 1867 n'attribue pas expressément les questions de "santé" à l'un ou l'autre palier de gouvernement. Le contrôle fédéral en matière de santé s'exerce le plus souvent dans le cadre du pouvoir fédéral sur "le droit criminel ... y compris la procédure en matière criminelle" (paragraphe 91(27)). La Loi sur les stupéfiants et les sanctions pénales de la Loi des aliments et drogues constituent des exemples du pouvoir fédéral de criminaliser et de punir des comportements dangereux pour la santé ou pour la société.

D'autres aspects de la compétence fédérale peuvent également s'appliquer aux questions de santé, bien que les limites soient en général moins nettes que dans le cas du droit pénal. En cas d'urgence nationale, telle une épidémie, le pouvoir fédéral de maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement pourrait bien lui permettre d'intervenir. Un problème grave de dimension nationale, par exemple la pollution atmosphérique, pourrait de même donner au gouvernement fédéral le pouvoir d'adopter des dispositions législatives en matière de santé. En outre, le gouvernement fédéral peut réglementer les questions de santé dans les domaines qui relèvent déjà expressément de sa compétence, comme les pénitenciers ou les forces armées.

Enfin, il faut mentionner le "pouvoir fédéral de dépenser". C'est le terme qu'on utilise d'habitude lorsqu'un programme social national est officiellement souscrit par le gouvernement fédéral, même si l'objet de ce programme relève de la compétence des provinces. Dans la mesure où il dispose des fonds nécessaires, le gouvernement fédéral peut influencer les priorités des provinces et fixer des normes nationales en offrant de financer des programmes qui relèvent de la compétence provinciale.

La Loi canadienne sur la santé est l'un des exemples les mieux connus de l'usage du pouvoir de dépenser. En échange du respect de certains principes généraux en matière de soins de santé, le gouvernement fédéral verse une certaine somme par habitant à chacune des provinces. Cela ne confère toutefois pas au gouvernement fédéral le droit de réglementer directement les soins de santé dans les provinces. La question de savoir jusqu'où le gouvernement fédéral pourrait aller pour appliquer des

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

normes nationales ou pour rendre les conditions plus sévères sans empiéter sur la compétence provinciale est loin d'être tranchée.

La question de la compétence des provinces en matière de santé est plus simple. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux relèvent expressément de la compétence provinciale aux termes du paragraphe 92(7) de la Loi constitutionnelle de 1867. Les tribunaux ont conféré aux provinces une compétence étendue dans le domaire de l'hygiène publique à titre de matière d'une nature purement locale ou privée aux termes du paragraphe 92(16). La réglementation des professions de la santé, comme celle des autres professions, relève du pouvoir provincial sur la propriété et les droits civils dans la province (paragraphe 92(13)). C'est pourquoi la Cour d'appel fédérale a jugé en 1983 que le sujet général de la pratique de l'avortement relève également des provinces, sous réserve de toute interdiction que pourrait comporter le droit pénal.

B. Historique

Tout au long de l'histoire, les attitudes envers l'avortement ont été influencées par les croyances religieuses, les moeurs et les attitudes envers les femmes et la famille. En outre, les récents progrès technologiques rendent l'avortement plus simple et moins dangereux et offrent des techniques améliorées pour comprendre le développement du foetus.

Notre droit en matière d'avortement s'inspire du droit anglais. Jusqu'au XIX^{e} siècle, l'avortement était une infraction de common law et n'était criminel que s'il était pratiqué après les premiers mouvements du foetus. Cette distinction était conforme à la tradition et avait probablement en outre l'avantage de réduire au minimum les problèmes que présentait la preuve de la grossesse. Le moment exact des premiers mouvements du foetus a toujours été arbitraire, mais on estime d'ordinaire qu'il s'agit du moment où la mère elle-même ressent ou croit ressentir des mouvements (ce moment peut varier entre la seizième et la vingtième semaines) ou du moment où les mouvements du foetus sont perceptibles ou visibles à l'examen.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Le droit sur l'avortement criminel a été codifié pour la première fois en Angleterre en 1803; l'avortement après les premiers mouvements du foetus était passible de la peine de mort, tandis que les avortements pratiqués avant cette date étaient passibles de sanctions moindres. On a abandonné cette distinction en 1837, en même temps que la peine de mort. En 1861, on a adopté le Offences Against the Person Act, toujours en vigueur, qui précisait pour la première fois qu'une femme qui s'avortait elle-même était également coupable d'un crime.

La première loi pénale canadienne sur l'avortement a été adoptée en 1869. Elle incorporait les lois provinciales d'avant la Confédération et prévoyait l'emprisonnement à perpétuité pour toute personne causant un avortement. Ces lois étaient fondées sur l'objectif social et religieux de la protection du foetus, mais elles étaient également influencées par des préoccupations portant sur la santé de la mère. Au XIX^{e} siècle, les avortements étaient médicalement dangereux; en outre, dans une société moins réglementée qui ne connaissait guère les programmes de soins de santé, l'avortement était souvent pratiqué par une personne autre qu'un médecin.

Parce que la loi britannique de 1861 qui interdisait l'avortement ne tenait pas compte de la vie ou de la santé de la mère, elle a été de plus en plus contestée par les médecins et les juristes. En 1938, la British Medical Association a constitué un comité spécial pour étudier les aspects médicaux de l'avortement. Ce comité a recommandé de modifier la loi pour permettre certains avortements thérapeutiques.

C'est également en 1938 qu'un médecin britannique, le D^{r} Aleck Bourne, a signalé aux autorités qu'il avait mis un terme à la grossesse d'une jeune fille de 14 ans violée par quatre soldats, avec le consentement de ses parents et sans exiger d'honoraires. Ce fait a donné lieu à une cause célèbre. Dans ses directives au jury, le juge Macnaghten a déclaré qu'un avortement pouvait être pratiqué de bonne foi pour protéger la vie et la santé de la mère et qu'aucune distinction nette ne pouvait être faite entre un danger pour la vie et un danger pour la santé. Ce moyen de défense a par la suite été adopté par la plupart des pays de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

common law et aurait probablement été applicable au Canada avant la loi de 1969 sur l'avortement.

L'avortement a graduellement été décriminalisé depuis les années 60; les premiers régimes juridiques portaient sur les indications permettant l'avortement. C'est la démarche dite d'indication et de réglementation. D'ordinaire, les indications de l'avortement se répartissaient en cinq catégories: le danger pour la vie, le danger pour la santé (physique ou mentale), les indications eugéniques (maladie du foetus), les indications criminologiques ou juridiques (le viol et l'inceste) et les indications socio-économiques. Divers pays ont adopté diverses indications permettant l'avortement légal, mais on considère d'ordinaire que la gradation des indications s'établit à peu près comme suit:

- aucune indication n'est acceptable (l'avortement est totalement interdit)
- le danger pour la vie de la femme
- le danger pour la santé physique de la femme
- le viol ou l'inceste
- la malformation du foetus
- le danger pour la santé mentale ou psychologique de la femme
- les difficultés sociales et économiques
- aucune indication n'est nécessaire (l'avortement sur demande)

En 1973, la Cour suprême des États-Unis a rendu jugement dans l'affaire Roe c. Wade. La Cour a jugé que bien que le foetus ne soit pas une "personne" jouissant indépendamment de la protection constitutionnelle, l'État avait cependant un intérêt à protéger cette vie potentielle. Selon la Cour, durant le premier trimestre, alors que l'avortement est moins dangereux pour la santé de la femme que le fait de porter l'enfant à terme, l'État pouvait uniquement exiger que l'intervention soit pratiquée par un médecin accrédité. Au cours du second trimestre, l'État a un intérêt supérieur dans la protection de la santé de la mère et peut réglementer son accès à l'avortement, dans son propre intérêt. (C'est

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

cette notion du droit de l'État de protéger la santé de la mère qui a suscité certaines des plus dures batailles juridiques des deux dernières décennies aux États-Unis.) Au cours du troisième trimestre, la Cour a jugé que l'intérêt de l'État pour la préservation du foetus devient supérieur. Cet argument repose en grande partie sur la prémisse qu'à ce moment le foetus est viable, mais cet argument a néanmoins été contesté tant par le mouvement pro-choix que par le mouvement anti-avortement.

Les démarches juridiques en matière d'avortement ont été fortement influencées par la tragédie de la thalidomide des années 60; la plupart des lois modernes sur l'avortement se fondent sur la réglementation par indication ou sur la réglementation chronologique (approuvée dans l'arrêt Roe c. Wade) ou sur une combinaison de ces deux démarches. Dans le cas de la démarche chronologique, l'importance de l'intérêt de l'État pour la protection du foetus s'accroît d'ordinaire de façon spectaculaire à mesure qu'augmentent les chances de survie indépendante du foetus. Toutefois, la viabilité n'entre en ligne de compte que s'il s'agit d'équilibrer l'intérêt de l'État pour la protection du foetus et les droits de la mère. Ni le mouvement pro-vie ni le mouvement pro-choix ne considèrent que la viabilité entre en ligne de compte lorsqu'il s'agit de protéger les droits indépendants du foetus.

De toute façon, la viabilité est un concept médical et non juridique. Les tribunaux britanniques ont récemment traité de cette question dans l'affaire C c. S où le père putatif voulait empêcher sa compagne, enceinte de 18 à 21 semaines, de se faire avorter. Le droit britannique interdit de détruire "la vie d'un enfant capable de naître vivant", et la cour d'appel a statué comme suit:

> [Entre la 18e et la 21e semaine] le muscle cardiaque se contracte et une circulation primitive se développe. On pourrait donc dire que le foetus manifeste des signes réels et perceptibles de vie. D'autre part, même s'il est mis au monde par hystérotomie, le foetus est incapable de respirer soit naturellement, soit avec l'aide d'un respirateur. Un stimulus ou une forme d'assistance ne suffit pas. Le foetus ne peut respirer et ne le pourra jamais.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Selon l'Association médicale canadienne, l'avortement provoqué se définit comme l'interruption effective de la grossesse avant que le foetus ne devienne viable: "dans l'état actuel des connaissances médicales, on établit la viabilité du foetus suivant son poids, son niveau de développement et la durée de la gestation. On considérera ainsi qu'un foetus est viable lorsqu'il pèse plus de 500 g ou au terme d'une gestation de 20 semaines ou plus".

C. La Loi de 1969

En 1969, le Parlement a apporté plusieurs modifications importantes au Code criminel. Notamment, l'article 287 (qui portait alors le numéro 237) précisait à quel moment un avortement pouvait être pratiqué légalement. L'article déjà en vigueur, qui interdisait de causer l'avortement d'une femme enceinte, a été conservé, mais assorti de plusieurs paragraphes nouveaux. Le plus important, le paragraphe 4, énonçait que les sanctions pénales contre l'avortement ne s'appliquaient pas à un médecin pratiquant un avortement ou à une femme se faisant avorter, si l'avortement avait été d'abord approuvé par le comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé et était en outre pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé. Le comité de l'avortement thérapeutique devait être composé d'au moins trois médecins, dont aucun ne pouvait en même temps pratiquer des avortements.

Le comité de l'avortement thérapeutique devait déclarer par certificat que, de l'avis de la majorité des membres, la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. Il n'y avait aucune autre définition du terme "santé" et il y avait même une certaine incertitude quant à savoir si ce terme englobait la santé mentale ou psychologique. Au lieu de définir les circonstances où l'avortement était permis, le Parlement a déclaré que l'avortement était légal si un comité de l'avortement thérapeutique le jugeait tel.

Bref, en 1969 le Parlement a remplacé le contrôle judiciaire après coup par un contrôle médical préalable. Étant donné l'arrêt Bourne, un avortement pratiqué pour sauver la vie de la mère ou pour empêcher un

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

danger grave à sa santé aurait probablement été défendable avant 1969. C'est ce que semble laisser entendre l'arrêt de la Cour suprême dans la première affaire Morgentaler en 1975. La Cour a jugé que le Dr Morgentaler ne pouvait recourir au moyen de défense fourni par l'arrêt Bourne, c'est-à-dire la défense de nécessité, car vu l'existence des comités de l'avortement thérapeutique, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles justifieraient d'enfreindre le Code criminel pour protéger la mère. L'existence de ces comités, qui pouvaient approuver les avortements au préalable, signifiait que les médecins qui pratiquaient des avortements n'avaient pas à courir le risque d'une inculpation pénale; toutefois, ils ne pouvaient non plus substituer leur propre jugement à celui du comité, sauf en cas d'urgence.

Une fois la loi entrée en vigueur, il est devenu manifeste que l'interprétation des mots "mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé" de la femme enceinte variait considérablement d'un point à l'autre du pays. En outre, en raison de la répartition inégale des hôpitaux disposant de comités de l'avortement thérapeutique, on pouvait se demander si l'avortement légal était également accessible à toutes les femmes du pays. Même si l'on pouvait trouver quatre médecins qui estimaient que la santé de la femme était en danger, il était impossible de pratiquer un avortement légal en l'absence d'un comité de l'avortement thérapeutique nommé par un hôpital accrédité ou approuvé.

C'est pourquoi on a constitué en 1975 un Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement. Il était "chargé d'établir si le recours à l'avortement, prévu par le Code criminel, [était] offert équitablement à travers le Canada" et de "présenter des conclusions sur l'application de ces dispositions et non des recommandations sur les principes en cause".

D. Le comité Badgley

Ce comité, dit comité Badgley du nom de son président, a déposé son rapport en janvier 1977. Il a conclu, bien simplement, que "le recours prévu par la Loi sur l'avortement n'est pas appliqué de façon équitable à travers le Canada". Cette constatation reposait en grande

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

partie sur le fait que l'intention de la loi n'était ni précise ni généralement acceptée, bien que les procédures énoncées dans la loi fussent précises. La controverse sur l'avortement n'avait pas été résolue; elle s'était plutôt, dans une certaine mesure, déplacée depuis le droit pénal vers les collectivités locales et la médecine.

La procédure pour l'obtention d'un avortement légal en vertu de la loi de 1969 dépendait entièrement de l'accès à un comité de l'avortement thérapeutique dans un hôpital accrédité ou approuvé. Quant à l'accès au comité de l'avortement thérapeutique, il dépendait de la répartition des hôpitaux admissibles, de l'emplacement des hôpitaux dotés de tels comités, de l'application d'exigences concernant la résidence et le contingentement des malades, ainsi que de la répartition des obstétriciens gynécologues au sein de la province et entre les provinces. Des disparités régionales accusées à l'égard de tous ces facteurs signifiaient que le recours prévu au Code criminel pour l'avortement thérapeutique légal était en pratique illusoire pour de nombreuses Canadiennes.

Le comité a constaté que les médecins se préoccupaient beaucoup de la définition de la santé, mais ne s'entendaient guère sur l'interprétation de ce concept. La définition proposée par l'Organisation mondiale de la santé était reconnue par le gouvernement du Canada, plusieurs gouvernements provinciaux et l'Association médicale canadienne. Elle se lit comme suit: "La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité". Le comité a conclu qu'en l'absence d'autres déclarations officielles, "cette définition peut être considérée comme une base d'interprétation du mot "santé" figurant dans la Loi sur l'avortement".

Il y avait également des divergences profondes à travers le pays quant à la question du "consentement". L'âge auquel une jeune femme non mariée est jugée apte à consentir à un traitement médical relève de la compétence des provinces; le comité a constaté que les ambiguïtés des lois provinciales influaient sur les exigences des hôpitaux en matière de consentement à l'avortement. Dans les provinces où l'âge de consentement à d'autres traitements médicaux était inférieur à l'âge de la majorité, par

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

exemple, un nombre important d'hôpitaux exigeait que la femme ait atteint la majorité pour pouvoir consentir à un avortement. Le comité a également constaté que malgré l'absence d'exigences juridiques connues quant au consentement du père à un avortement thérapeutique, plus des deux tiers des hôpitaux interrogés qui pratiquaient des avortements exigeaient le consentement du mari.

La question du consentement est un exemple intéressant du problème constitutionnel que pose l'avortement. Le gouvernement fédéral, invoquant ses pouvoirs en matière de droit pénal, avait adopté des mesures législatives portant que les avortements approuvés par un comité de l'avortement thérapeutique ne seraient pas assujettis à l'interdiction de l'avortement contenue dans le Code criminel. L'approbation préalable d'un tel comité constituait un moyen de défense absolu contre toute inculpation. La norme fixée était le danger pour la vie ou la santé de la mère.

Si un comité de l'avortement thérapeutique, ayant formé l'opinion que la vie ou la santé de la mère était ou était probablement en danger en raison de la grossesse, exigeait en outre que les parents d'une mineure célibataire ou le mari de la femme consente à l'intervention, il refusait à la femme l'accès à un avortement légal pour des raisons indépendantes du Code criminel. Le problème constitutionnel n'était pas tellement que l'avortement n'était pas également accessible partout au pays, mais qu'il y avait inégalité d'accès à un moyen de défense contre une inculpation criminelle. Cette inégalité d'application du droit pénal, en outre, découlait dans une certaine mesure des divergences entre les normes provinciales en matière de santé.

Le comité Badgley a également étudié la question de savoir si les employés des hôpitaux étaient tenus de participer à des avortements thérapeutiques en dépit de leurs opinions personnelles. Il a constaté qu'il s'agissait d'ordinaire d'une question de relations de travail plutôt que d'une question de conscience. Selon la politique générale des hôpitaux, dans le cadre des catégories d'emploi désignées, les employés devaient accepter les fonctions générales qui leur étaient confiées. En particulier, "selon une coutume largement répandue et les politiques établies dans les hôpitaux, on considère qu'il n'appartient pas à un

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

infirmier ou à une infirmière de "sélectionner et de choisir" les patients auprès de qui ils travailleront ou pas". Le comité a conclu que certaines pratiques d'emploi des hôpitaux relatives à l'avortement pouvaient ne pas être conformes aux codes provinciaux des droits de la personne interdisant la discrimination fondée sur les croyances religieuses.

Le comité a souligné que "les solutions sont peu nombreuses en ce qui concerne l'avortement provoqué... Il s'agit de faire un choix social difficile entre deux questions épineuses, l'avortement provoqué et la planification familiale". De l'avis du comité, des méthodes de contraception efficaces pourraient considérablement réduire, sinon éliminer, les chances de conceptions non désirées et, donc, le nombre d'avortements.

E. La Charte des droits et libertés et l'arrêt Morgentaler

En 1982, la Charte des droits et libertés est entrée en vigueur; en 1983, le Dr Morgentaler (avec deux autres médecins) a été accusé d'avoir causé illégalement des avortements dans sa clinique de Toronto. Au moment où la cause a été entendue en Cour suprême en 1986, les nombreux points de droit avaient en fait été réduits à un seul, à savoir si les dispositions du Code criminel concernant l'avortement portaient une atteinte injustifiée au droit de la femme "à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne" garanti par l'article 7 de la Charte.

Voici le texte des articles pertinents de la Charte:

> Article 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.
>
> Article 1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Si un tribunal juge qu'un texte législatif enfreint un droit garanti par la Charte, par exemple le droit à la sécurité de la personne, il se reporte ensuite à l'article 1 pour voir si cette atteinte se situe

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il y a deux deux étapes: Tout d'abord, le tribunal se demande si le but ou l'objet de la mesure législative a une importance suffisante pour justifier une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la constitution; en second lieu, le tribunal se demande si les moyens employés sont proportionnés à l'objectif et s'ils sont raisonnables.

Il est difficile de résumer l'arrêt Morgentaler, car la majorité a rédigé trois séries différentes de motifs. Tous sont cependant d'accord sur les points suivants:

- l'article 287 (alors 251) du Code criminel portait atteinte au droit de la femme à la sécurité de sa personne;
- le processus par lequel la femme était privée de ce droit n'était pas conforme avec les principes de justice fondamentale;
- l'intérêt de l'État pour la protection du foetus était suffisamment important pour justifier de restreindre dans une certaine mesure les droits individuels garantis par la Charte;
- l'atteinte au droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne n'était pas proportionnée à l'objectif de protéger le foetus et les moyens n'étaient pas raisonnables.

Au risque de simplifier à outrance, disons que la Cour a jugé que cette disposition législative portait atteinte à la sécurité de la personne de la femme en restreignant, par le droit pénal, l'accès efficace et opportun à des services médicaux lorsque sa vie ou sa santé était en danger. Cette criminalisation n'était pas conforme avec les principes de justice fondamentale. Pour tous les motifs signalés par le comité Badgley et dont ont témoigné de nombreux experts, l'accès au certificat du comité de l'avortement thérapeutique, qui constituait un moyen de défense valide contre des inculpations, n'était pas le même partout au pays. En outre, la procédure énoncée dans le Code criminel pouvait entraîner de longs délais, qui menaçaient davantage la vie ou la santé de la femme, et il était

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

fondamentalement injuste d'obliger une femme à mettre sa santé en danger pour respecter la loi.

Il convient de signaler que l'arrêt se fondait sur les droits des femmes enceintes, même si tous les défendeurs étaient des médecins. En effet, la Cour a jugé que les médecins avaient qualité pour contester la constitutionnalité de la loi sur l'avortement, en vertu de laquelle ils pouvaient être trouvés coupables, même si l'argument constitutionnel avancé ne les touchait pas directement. Si le fait de causer un avortement avait été une infraction seulement pour le médecin et non pour la femme, l'arrêt Morgentaler aurait pu être rédigé bien différemment.

Les motifs majoritaires ont été rédigés par le juge en chef Dickson, le juge Beetz et le juge Wilson. Les trois juges arrivaient à la même conclusion, mais par une argumentation notablement différente. Le juge en chef a conclu que la loi sur l'avortement portait atteinte à la sécurité de la personne de la femme en la forçant "à mener un foetus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations" en plus d'entraîner des retards qui accroissaient le traumatisme physique et psychologique. Puisque le comité de l'avortement thérapeutique était "un hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal", il ne servait à rien de dire que le terme "santé" était insuffisamment défini dans le Code criminel. Il faut une norme juridique claire lorsque la décision du comité entraîne directement de telles conséquences juridiques.

Le juge Beetz a conclu que le Parlement avait reconnu, en adoptant la loi sur l'avortement de 1969, que l'intérêt pour la vie ou la santé de la femme enceinte l'emportait sur l'intérêt à empêcher l'avortement. La norme de la loi de 1969 sur l'avortement est devenu enchâssé comme minimum au moment de l'adoption de l'article 7 de la Charte:

> Le paragraphe 251(4) porte essentiellement, comme je l'ai dit, que l'objectif de protection du foetus n'est pas suffisamment important pour repousser l'intérêt qu'il y a à protéger les femmes enceintes contre des grossesses qui représentent un danger pour leur vie ou leur santé.

Le juge Beetz a jugé que l'expression "mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé" n'était pas suffisamment précise

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

en droit. Il a également conclu, comme le juge Wilson, que "il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du foetus", tandis que le juge en chef avait déclaré que l'objectif consistait à équilibrer les intérêts du foetus et ceux des femmes enceintes.

Le juge Wilson estimait elle aussi que la loi de 1969 sur l'avortement exposait les femmes enceintes à un danger pour leur sécurité physique et psychologique. Elle a toutefois signalé que la sécurité de la personne pourrait impliquer davantage que la sécurité physique ou psychologique et elle a fondé son jugement tout autant sur le droit à la liberté que sur le droit à la sécurité de la personne. Selon elle, "la liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle l'oblige cependant à les respecter".

De l'avis du juge Wilson, le droit à la liberté énoncé à l'article 7 "confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne", y compris la décision de mettre un terme à une grossesse. Il faut toutefois signaler que l'État n'est tenu qu'à respecter de telles décisions ou à éviter d'intervenir, mais non à les approuver ou à les faciliter.

Le juge Wilson a également conclu que la loi de 1969 sur l'avortement n'était pas conforme avec les principes de justice fondamentale, mais son raisonnement différait de celui du reste de la majorité. Elle a conclu que la décision de mettre un terme à une grossesse était "essentiellement une décision morale, une question de conscience". Elle a conclu que le fait de criminaliser une telle décision portait atteinte à la liberté de conscience, qui est protégée par l'alinéa 2a) de la Charte et ne serait donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Le juge Wilson convenait toutefois qu'un texte législatif restreignant raisonnablement les droits garantis à la femme enceinte par l'article 7 et l'alinéa 2a) pouvait se justifier en vertu de l'article 1 de la Charte dans le but de protéger le foetus. Tout en reconnaissant que le foetus est une vie potentielle dès le moment de sa conception, elle estimait "qu'en soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le foetus en tant que vie potentielle en vertu de l'article 1 de la Charte et le droit

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

de la femme enceinte en vertu de l'article 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers". Pour illustrer comment l'équilibre entre l'intérêt de l'État dans le foetus et l'intérêt de la femme enceinte se déplace à mesure qu'avance la grossesse, elle soulignait qu'une fausse couche ou un avortement spontané du foetus à six mois cause "un chagrin et une épreuve beaucoup plus grands" qu'à six jours ou à six semaines.

Le juge Beetz n'a pas jugé nécessaire de décider si la loi de 1969 sur l'avortement portait atteinte au droit de la femme enceinte à la liberté aussi bien qu'à son droit à la sécurité de sa personne. "Même en présumant, sans le décider, que le droit à l'avortement peut se fonder sur le droit à la "liberté", il y aurait un moment où l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus deviendrait supérieur".

Tous les motifs de la majorité mentionnent expressément qu'on n'a pas demandé à la Cour de décider si le foetus est visé par le mot "chacun", à l'article 7 de la Charte et a donc un droit indépendant à "la vie, la liberté et la sécurité de sa personne".

F. La protection du foetus: Borowski et Daigle

La question des droits possibles du foetus en vertu de la Charte a été abordée dans l'affaire Borowski c. Procureur général du Canada. M. Borowski faisait valoir que l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés confère au foetus un droit indépendant à la vie parce que le mot "chacun" comprend le foetus et que la loi de 1969 sur l'avortement portait donc atteinte aux droits du foetus en permettant l'avortement légal. Les droits indépendants du foetus sont un concept juridique bien différent du droit de la société à protéger le foetus reconnu dans l'arrêt Morgentaler.

Dans l'affaire Borowski, la Cour d'appel de la Saskatchewan a étudié l'histoire du foetus en common law et le libellé de la Charte. Concluant que le foetus n'avait jamais été une personne ni fait partie de "chacun" en droit anglo-canadien, la Cour a décidé que si le Parlement avait voulu s'écarter à tel point de la tradition et créer des droits pour le foetus, il aurait utilisé un libellé clair et sans ambiguïté. Ce

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

jugement a fait l'objet d'un appel en Cour suprême, mais n'a été entendu qu'en octobre 1988, après que l'arrêt Morgentaler eut annulé l'article en cause du Code criminel. La question soulevée par M. Borowski quant à la constitutionnalité de cet article était donc sans objet.

À l'été de 1989, plusieurs hommes en Ontario, au Manitoba et au Québec ont demandé au tribunal une ordonnance interdisant à leurs anciennes compagnes de se faire avorter. En Ontario et au Manitoba, ces femmes ont pu se faire avorter, mais au Québec trois des cinq juges de la Cour d'appel ont maintenu une injonction contre Mme Chantal Daigle. Cinq juges différents ont rédigé des motifs et la majorité s'est fondée à la fois sur le Code civil et sur la Charte des droits et libertés de la personne du Québec.

Siégeant extraordinairement en été, la totalité des juges de la Cour suprême du Canada ont entendu l'appel le 8 août 1989 et ont unanimement invalidé l'injonction. Les motifs ont été déposés le 16 novembre 1989. La Cour a signalé qu'il y a trois arguments distincts pour annuler l'injonction:

- les droits substantifs invoqués pour appuyer l'injonction - les droits du foetus ou les droits "du père" - n'existent pas ou ne sauraient l'emporter sur le droit de la femme de contrôler son propre corps;
- l'injonction est un recours qui ne convient pas dans le cas de l'avortement pour des motifs techniques, pratiques et constitutionnels;
- dans le cas de Mme Daigle, l'injonction équivalait à une interdiction et constituait un exercice injustifié du pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

La Cour a fondé sa décision sur le premier argument, parce que la question des droits substantifs constituait la question fondamentale et parce que si le jugement avait été fondé sur l'un des motifs restreints, "l'incertitude subsisterait quant à savoir si une autre femme dans la situation de Mme Daigle pourrait être soumise à des difficultés semblables par le recours à une procédure juridique différente". La Cour a également conclu, toutefois, que chacun de ces trois arguments semble mériter un

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

examen sérieux et ceci pourrait avoir des répercussions sur les décisions futures en matière d'avortement.

La Cour a conclu que le foetus n'est pas une personne ou un "être humain" au sens de la Charte du Québec. Le Code civil ne reconnaît généralement pas que le foetus est une personne juridique, bien qu'il soit parfois traité de la même façon qu'une personne lorsque la chose est nécessaire pour protéger ses intérêts après la naissance ou pour conserver des biens qui lui reviendront après sa naissance. Si l'Assemblée nationale du Québec avait désiré accorder au foetus le droit à la vie, elle n'aurait pas utilisé un libellé aussi incertain ou aussi vague.

Le droit anglo-canadien n'est pas déterminant dans l'interprétation de la Charte du Québec, mais la Cour a également examiné le traitement des droits du foetus en droit anglo-canadien, en partie "pour éviter la répétition, dans les provinces de common law, de l'expérience de l'appelante". Les tribunaux de common law ont toujours conclu que, pour jouir de droits, le foetus doit être né vivant. La Cour a cité une cause anglaise de 1988, In re F. (in utero), où la Cour a conclu qu'à aucun stade de son développement, le foetus n'avait d'existence indépendante de celle de sa mère et qu'il ne pouvait donc faire l'objet d'une ordonnance de tutelle.

La Cour a traité très brièvement la question des "droits du père", soulignant que "aucun tribunal du Québec ni d'ailleurs, n'a jamais admis l'argument voulant que l'intérêt du père à l'égard d'un foetus qu'il a engendré puisse fonder le droit d'opposer un veto aux décisions d'une femme relativement au foetus qu'elle porte".

Encore une fois, la Cour a refusé de décider si le terme "chacun" à l'article 7 de la Charte canadienne comprend le foetus et si donc celui-ci a le droit à "la vie, la liberté et la sécurité de sa personne". L'affaire Tremblay c. Daigle était une action civile entre deux particuliers et la Charte ne s'applique qu'aux actes de l'État; toutefois, la Cour a conclu que ni le Code civil ni la common law n'accordent de droits juridiques au foetus et que l'Assemblée nationale du Québec aurait vraisemblablement utilisé un libellé clair si elle avait eu l'intention de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

modifier de façon aussi fondamentale le statut du foetus. Il est difficile de concevoir que cet argument ne s'appliquerait pas à l'interprétation du mot "chacun" dans la Charte canadienne.

Le texte de la Cour est presque aussi intéressant à l'égard des questions qu'elle ne tranche pas qu'à l'égard de celles qu'elle tranche. La Cour s'est abstenue de prendre position sur la question de savoir si l'injonction pourrait constituer un recours approprié en cas d'avortement et si des lois provinciales pourraient entraîner l'interdiction de certains avortements sans constituer un exercice inconstitutionnel du pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

En outre, la Cour termine comme suit son analyse de la question des droits substantifs:

> Il est à noter qu'étant donné notre décision sur la question des "droits du foetus", il n'a pas été nécessaire d'étudier le second aspect de l'argument relatif aux "droits substantifs", savoir que, même dans l'hypothèse de l'existence de droits du foetus, ceux-ci ne sauraient justifier que l'on contraigne une femme à porter un foetus à terme.

L'argument en cause repose sur "le principe de droit, depuis longtemps reconnu, selon lequel nul ne peut être contraint d'utiliser son corps au service d'une autre personne, même si la vie de cette personne est en danger". Cet argument semble distinct de celui qui porte sur le droit à la sécurité de sa personne garanti à la femme enceinte par la Charte, et il pourrait jouer un rôle dans des décisions futures.

G. La compétence des provinces en matière d'avortement

Après l'arrêt Morgentaler au début de 1988, certaines provinces ont tenté de restreindre le financement des avortements. En mars 1988, le Cabinet de la Colombie-Britannique a adopté un règlement en vertu du Medical Service Act et portant que les avortements n'étaient pas assurés à moins d'être pratiqués dans un hôpital et à moins qu'il n'existe un danger réel pour la vie de la femme enceinte.

La British Columbia Civil Liberties Association a contesté le règlement et celui-ci a été déclaré invalide par la Cour suprême de la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Colombie-Britannique pour un motif assez technique. Le Cabinet avait déclaré que les services d'avortement, sauf en cas de danger grave pour la vie de la femme enceinte, ne constituaient pas un service médicalement requis et n'étaient donc pas assurés. Le juge en chef de la Cour suprême a pris "connaissance d'office du fait que, pour qu'il y ait un avortement légal, il faut des services médicaux". Ainsi

> la législature n'a pas autorisé le Cabinet à disposer par règlement que les services rendus par un médecin et qui sont médicalement requis doivent être considérés comme des services qui ne sont pas médicalement requis.

La Cour a laissé entendre que le Cabinet aurait peut-être pu déclarer que l'avortement n'était pas un service assuré, malgré le fait qu'il soit médicalement nécessaire. Ceci aurait cependant entraîné la Colombie-Britannique dans un conflit avec le libellé de la Loi canadienne sur la santé, ce qui aurait engendré une autre série de problèmes.

En juin 1989, la législature de la Nouvelle-Écosse a adopté une loi visant à restreindre la privatisation des services médicaux (Act to Restrict Privatization of Medical Services, appelé Medical Services Act), qui limite aux hôpitaux diverses pratiques médicales, fixées par règlement. L'objet déclaré de la Loi était d'"interdire la privatisation de la prestation de certains services médicaux afin de maintenir un seul système de soins de santé de haute qualité pour tous les habitants de la Nouvelle-Écosse". Une des pratiques limitées aux hôpitaux par le règlement était l'avortement. En plus d'énoncer que les services médicaux pratiqués en contravention de la loi n'étaient pas remboursables par le Régime provincial d'assurance-santé, la Loi prévoyait une amende de 10 000 $ à 50 000 $.

Même si ce règlement visait d'autres pratiques que l'avortement, on a généralement considéré que le moment du dépôt de cette mesure législative a été influencé par les annonces publiques faites par le Dr Morgentaler selon lesquelles il avait l'intention d'ouvrir une clinique d'avortement à Halifax. L'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA) a tenté de contester cette mesure, alléguant qu'elle outrepassait la compétence provinciale en plus d'enfreindre les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

articles 7, 15 (droit à l'égalité) et 28 (égalité sexuelle) de la Charte. Le 13 octobre 1989, la Division de première instance de la Nouvelle-Écosse a jugé que l'ACDA n'avait pas un intérêt suffisant pour intenter une action.

Le 26 octobre 1989, le Dr Morgentaler annonçait lors d'une conférence de presse qu'il avait pratiqué ce jour-là sept avortements à sa clinique de Halifax. Le 27 octobre 1989, on a déposé une dénonciation inculpant le Dr Morgentaler sous sept chefs d'avoir pratiqué des avortements illégaux en contravention du Medical Services Act. Le Dr Morgentaler a annoncé son intention de continuer à pratiquer des avortements. La province a demandé un injonction interdisant au Dr Morgentaler de continuer à enfreindre le Medical Services Act.

L'injonction a été accordée le 6 novembre 1989. Le juge Richard de la Division de première instance de la Cour suprême a examiné soigneusement l'argument selon lequel la loi provinciale enfreint les principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt Morgentaler:

> Il ne faut pas perdre de vue le fait que Morgentaler 1988 portait sur la contestation constitutionnelle d'un article du Code criminel. La demande en l'espèce porte sur une loi provinciale qui a pour but de réglementer la façon dont certains services médicaux peuvent être administrés dans la province. On n'a pas mis en doute la compétence constitutionnelle de la législature de la Nouvelle-Écosse pour réglementer la prestation des services de santé...
>
> Compte tenu de toutes ces considérations, il reste l'examen d'une mesure législative qui semble de prime à bord valide et qui relève de la compétence de la législature. La question de savoir si elle est constitutionnelle, comme je l'ai déjà dit, doit être tranchée dans une autre instance.

Le juge Richard a accordé l'injonction pour le motif que la preuve n'établissait pas qu'une clinique privée d'avortement était essentielle à la santé et au bien-être d'au moins une partie des citoyens de la province ni qu'elle correspondait à un besoin supérieur qui n'était pas comblé autrement. L'intérêt public supérieur était donc d'assurer le respect des lois de la province.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

MESURES PARLEMENTAIRES

A. Mesures prises par le gouvernement

Au cours du 33e Parlement, le gouvernement avait déposé une motion à débattre et à mettre aux voix à la Chambre des communes, afin d'obtenir l,avis du Parlement sur la rédaction de la nouvelle loi. Selon cette motion, un avortement serait légal aux premiers stades de la grossesse si, de l'avis d'un médecin agréé, la continuation de la grossesse compromettait ou compromettait probablement la santé physique ou mentale de la femme; un avortement ne serait légal aux stades ultérieurs de la grossesse que si certaines autres conditions étaient réunies, notamment si, de l'avis de deux médecins, la continuation de la grossesse constituait ou constituerait probablement une menace pour la vie de la femme ou une menace grave pour sa santé. La proposition ne définissait ni les "premiers stades" et les "stades inférieurs" de la grossesse, ni les "autres conditions" supplémentaires dans lesquelles un avortement pourrait légalement être pratiqué aux stades ultérieurs de la grossesse.

Le débat sur la motion du gouvernement concernant l'avortement a débuté à la Chambre des communes le 26 juillet et s'est terminé par un vote libre le 28 juillet 1988. À ce moment-là, 21 propositions d'amendement avaient été présentées par des députés, dont cinq ont été retenues par le Président pour être mises aux voix. Aucune proposition, y compris celle du gouvernement, n'a été adoptée.

Sur les six propositions étudiées par la Chambre, celle qui a recueilli le plus de voix prévoyait la politique la plus restrictive en matière d'avortement. Selon cette proposition, un avortement n'aurait été permis que si au moins deux médecins agréés indépendants déclaraient, de bonne foi et en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'à leur avis, la continuation de la grossesse constituait ou constituerait probablement une menace pour la vie de la femme. Cet amendement a été rejeté par 118 voix contre 105. Fait important à souligner, aucun député du sexe féminin n'a voté en faveur de cette proposition.

La deuxième motion qui a recueilli le plus de voix est celle du gouvernement, qui a été rejetée par 147 voix contre 76.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Les autres propositions ont reçu très peu d'appui. La moins favorisée de toutes était une version légèrement plus restrictive de la motion du gouvernement. Selon cette proposition, un avortement aurait été autorisé pendant le "premier trimestre" de la grossesse si, de l'avis du médecin, la continuation de la grossesse compromettait ou compromettrait probablement la santé physique ou mentale de la femme. Au-delà de cette période, des avortements n'auraient été licites que si deux médecins avaient déclaré, de bonne foi et en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'à leur avis, la continuation de la grossesse constituait ou constituerait probablement une menace pour la vie de la femme ou une menace grave et considérable pour sa santé et s'il n'existait pas d'autre moyen médical généralement reconnu de remédier au risque touchant sa santé. Seuls 17 députés ont voté en faveur de cette option, alors que 202 ont voté contre.

La proposition la plus permissive en matière d'avortement n'a pas été accueillie beaucoup plus favorablement. Elle aurait simplement exigé que, pour être licites, les avortements soient pratiqués par un médecin qualifié. Seuls 20 députés ont voté en faveur de cette option, alors que 198 ont voté contre.

Selon une autre proposition, un avortement aurait été permis aux premiers stades (non précisés) de la grossesse, à la seule condition que la femme, après avoir consulté son médecin, ait décidé de mettre fin à sa grossesse. Aux stades ultérieurs, un avortement n'aurait été licite que dans certaines conditions, notamment si, de l'avis d'un seul médecin, la continuation de la grossesse avait constitué ou avait probablement constitué une menace pour la vie de la femme ou une menace pour sa santé mentale et physique. Cette proposition, la première à être mise aux voix, a été rejetée par 191 voix contre 29.

La sixième proposition a été rejetée sans qu'on ait tenu de vote par appel nominal. Elle était identique sous tous ses aspects importants à la motion du gouvernement, à cette exception près que, au lieu du délai vague "aux premiers stades de la grossesse" prévu dans la motion du gouvernement, elle aurait prescrit un délai fixe "allant jusqu'à la 18e semaine de grossesse inclusivement".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Étant donné le vote peu concluant de la Chambre des communes au sujet de l'avortement, le gouvernement a déclaré qu'il évaluerait les options qui s'offraient à lui, sans toutefois préciser le moment auquel il pourrait déposer un nouveau projet de loi sur l'avortement.

Le 3 novembre 1989, le ministre de la Justice a déposé à la Chambre des communes le Projet de loi C-43, Loi concernant l'avortement. Ce projet de loi est décrit dans le résumé législatif LS-44F.

CHRONOLOGIE

27 juin 1969 - Le projet de loi C-150 (législation actuelle sur l'avortement) reçoit la sanction royale après avoir été adopté le 14 mai 1969 par la Chambre des communes et le 12 juin suivant par le Sénat.

9 février 1977 - Le comité Badgley dépose son rapport. Il conclut que le recours prévu par la loi sur l'avortement n'est pas appliqué de façon équitable à travers le Canada.

17 avril 1982 - La Loi constitutionnelle de 1982 reçoit la sanction royale.

30 avril 1987 - Dans l'affaire Borowski c. Procureur général du Canada, la Cour d'appel de la Saskatchewan statue que les articles 7 et 15 de la Charte ne s'appliquent pas au foetus.

28 janvier 1988 - Dans un jugement majoritaire (cinq opinions contre deux), la Cour suprême du Canada statue que l'article 287 (alors 251) du Code criminel porte atteinte aux droits que la Charte garantit aux femmes enceintes et qu'il est donc nul et non avenu.

28 juillet 1988 - Après un débat de deux jours, la Chambre des communes rejette six propositions sur l'avortement, dont la motion présentée par le gouvernement.

9 mars 1989 - La Cour suprême du Canada rend sa décision dans l'affaire Borowski c. Procureur général du Canada en statuant à l'unanimité qu'elle ne peut se prononcer étant donné que la loi sur l'avortement a été jugée inconstitutionnelle dans l'affaire Morgentaler.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

26 juillet 1989 - Dans une décision rendue à trois contre deux, les juges de la Cour d'appel du Québec maintiennent l'injonction interdisant à Mme Chantal Daigle de se faire avorter, s'appuyant largement sur le Code civil du Québec.

8 août 1989 - La Cour suprême au grand complet entend l'appel de Mme Daigle. Même si l'avocat de cette dernière explique qu'il vient juste d'apprendre que sa cliente a déjà subi un avortement, la Cour continue d'entendre les plaidoiries. À l'unanimité, les juges se prononcent en faveur de la levée de l'injonction, les motifs de leur décision devant être rendus publics ultérieurement.

3 novembre 1989 - Le ministre de la Justice dépose à la Chambre des communes le projet de loi C-43, Loi concernant l'avortement.

16 décembre 1989 - La Cour suprême du Canada dépose ses motifs dans l'affaire Tremblay c. Daigle. La Cour statue que ni le droit civil ni la common law ne reconnaissent dans le foetus une "personne juridique"; on ne peut donc supposer que la Charte des droits et libertés de la personne du Québec confère au foetus une personnalité juridique.

28 novembre 1989 - Le projet de loi C-43 est adopté en seconde lecture et renvoyé à un comité législatif.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Bibliothèque du Parlement, Direction de l'information et des services techniques. L'avortement au Canada 1969-1989, bibliographie sélective 277. 1989.

Canada. Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement. Rapport. 1977.

Commission de réforme du droit du Canada. Les crimes contre le foetus. Ottawa, 1989.

Cook, Rebecca J. et Bernard M. Dickens. Abortion Laws in Commonwealth Countries. Organisation mondiale de la santé, Genève, Albany (NY), 1979.

Morton, Mildred. Le jugement Morgentaler: En quoi les décisions diffèrent-elles? Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, Ottawa, 1988.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Sachdev, Paul (éd.). Abortion: Readings and Research. Butterworths, Toronto, 1981.

Sachdev, Paul (éd.). International Handbook on Abortion. Greenwood Press, New York, 1988.

Statistique Canada, Division de la santé et du bien-être, Section de l'hygiène publique, Avortements thérapeutiques. Ottawa, 1973-1988.

Tietze, Christopher et Stanley K. Henshaw. Induced Abortion: A World Review. 6e édition, Alan Guttmacher Institute, New York (N.Y.), 1986.

JURISPRUDENCE

Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Morgentaler, N.S.S.C., 6 novembre 1989 (Monsieur le juge Richard), inédit.

Borowski c. Procureur général du Canada, [1989] 1 R.C.S. 342, confirmant pour d'autres motifs (1987), 33 C.C.C. 3d (402).

B.C. Civil Liberties Assn. c. B.C.(A.G.) (1988), 24 B.C.L.R. 189 (B.C.S.C.).

C.A.R.A.L. c. Procureur général de la Nouvelle-Écosse, N.S.S.C., 13 octobre 1989 (Monsieur le juge Nunn), inédit.

C. c. S., [1987] 1 A11 E.R. 1230.

Carruthers c. Therapeutic Abortion Committee of Lions Gate Hospital, (1983), 6 D.L.R. (4th) 57 (C.A.F.)

Medhurst c. Medhurst (1984), 9 D.L.R. (4th) 252 (Ont.H.C.).

Morgentaler c. Procureur général du Nouveau-Brunswick (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 67 (Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick).

Morgentaler c. La Reine, [1976] R.C.S. 616.

Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees, [1979] B.R. 276.

R. c. Bourne, [1939] 3 A11 E.R. 615.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

R. c. Sullivan and Lemay (1988), 43 C.C.C. (3d) 65.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Re "Baby R" (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 237 (B.C.S.C.).

Re F (in utero), [1988] 2 W.L.R. 1288.

Tremblay c. Daigle, C.S.C., 8 août 1989 (motifs déposés le 16 novembre 1989), inédit.